

EL RECONOCIMIENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA DIVERSIDAD AFECTIVA Y SEXUAL

OCTAVIO SALAZAR BENÍTEZ

Universidad de Córdoba

I. INTRODUCCIÓN: *DON'T ASK, DON'T TELL*.—II. LA DIMENSIÓN PÚBLICA DE LA DIVERSIDAD AFECTIVA Y SEXUAL.—III. DEL PECADO *CONTRA NATURA* A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL: 1. *La Declaración de Naciones Unidas sobre orientación sexual e identidad de género de 18 de diciembre de 2008*. 2. *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de marzo de 2010*. 3. *Los Principios de Yogyakarta de 2006*.—IV. LA DIVERSIDAD AFECTIVO-SEXUAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: 1. *El principio de igualdad y la prohibición de discriminación por orientación sexual*. 2. *El reconocimiento estatutario de la orientación sexual y de la identidad de género*. 3. *El derecho al matrimonio: ¿puerta de acceso a la ciudadanía?*. 4. *Educación para la diversidad*.—V. CONCLUSIONES: LA AFECTIVIDAD Y LA SEXUALIDAD COMO ELEMENTOS DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los ordenamientos jurídico-constitucionales deben avanzar en la garantía del derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad, más allá de su estricta protección a través de la prohibición de discriminación por dicha circunstancia. Ello implica reconocer un genérico «derecho a la identidad», estrechamente conectado con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Ambas dimensiones del individuo, la afectividad y la sexualidad, tienen evidentes proyecciones públicas que demandan una protección que no se limite a la vida privada, lo cual incide en

la profundización en el principio de igualdad y en la revisión de un orden simbólico que durante siglos ha negado la diversidad.

Palabras clave: igualdad; diferencias; afectividad; sexualidad; ciudadanía.

ABSTRACT

The legal and constitutional systems should move forward in guaranteeing the right to free development of affectivity and sexuality, beyond its strict protection through the prohibition of discrimination. This involves recognizing a generic «right to identity», closely connected with the dignity and the free development of personality. Both dimensions of the individual, emotions and sexuality, have obvious public projections that demand protection beyond the privacy. This affects the depth on the principle of equality and the review of a symbolic order that for centuries has refused diversity.

Key words: equality; differences; affection; sexuality; citizenship.

I. INTRODUCCIÓN: *DON'T ASK, DON'T TELL*

El 18 de diciembre de 2010, y tras diecisiete años en vigor, el Senado de Estados Unidos revocó la ley que prohibía a los gays y lesbianas servir de forma abierta en el ejército norteamericano. Una norma que permitió desde 1993 expulsar a 13.000 soldados por el solo motivo de su orientación sexual. La conocida como *Don't ask, don't tell* (no preguntes, no lo cuentes) fue un «juego de equilibrio» ideado por Bill Clinton mediante el cual se prohibía al ejército preguntar a los soldados por su orientación sexual y permitía a los homosexuales y a las lesbianas continuar en él siempre y cuando mantuvieran sus preferencias sexuales en secreto. Al tomar posesión de su cargo, Barack Obama prometió derogarla y, tras varios intentos fallidos, y después de que en octubre de 2010 un juzgado de Virginia invalidara la norma de forma cautelar, el Senado la revocó con 65 votos a favor y 31 en contra.

El debate en torno a esta norma y la conquista que ha supuesto su revocación nos sitúa frente a una de las cuestiones más íntimamente relacionadas con la dignidad del individuo y que, sin embargo, más está costando reconducir al lenguaje de los derechos humanos. Me refiero al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. Un elemento esencial de la identidad personal, clave para el desarrollo de todas las capacidades del individuo y con proyecciones evidentes en su ámbito relacional. Indudablemente la afectividad y la sexualidad forman parte de la vida del privada del individuo —en ese

sentido, han de entenderse protegidas por derechos como el honor, la intimidad o la propia imagen—, pero también repercuten en su dimensión pública y reclaman una atención garantista por parte del Derecho en cuanto que constituyen una expresión esencial de su capacidad para autodeterminarse. Es decir, se proyectan en todos los ámbitos en que el individuo desarrolla su proyecto vital. Por lo tanto, no podemos garantizarlas convenientemente desde la exclusiva dimensión de la privacidad. Es necesario reconducirlas a las garantías derivadas del principio de igualdad y profundizar en el concepto jurídico-constitucional de identidad para conseguir un marco en el que cada individuo no sólo no sufra discriminación alguna por sus opciones personales sino que, al contrario, las desarrolle con plena libertad.

Nos encontramos ante una de las expresiones de la dignidad humana que más esfuerzo está exigiendo para ser reconocida jurídicamente y aceptada socialmente. Y ello porque ha estado durante siglos condicionada por una estructura social, política y cultural homogénea, beligerante con la diversidad y marcada por los patrones heterosexistas del patriarcado. De ahí que la lucha por la no discriminación debida a la orientación sexual haya estado tan ligada a la reivindicación de la igualdad de género y que la reflexión que podamos hacer en torno a ella suponga, al mismo tiempo, una reflexión sobre las identidades masculina y femenina (1).

La tradicional discriminación que han sufrido determinadas opciones sexuales tiene que ver con unas concepciones hegemónicas de la dignidad y, en consecuencia, con unas determinadas pautas culturales que han servido para dotar de contenido al concepto de derechos humanos. Cabe recordar como dicho concepto ha ido ensanchándose a medida que diferentes colectivos o grupos de individuos han luchado y han conquistado espacios que antes les eran negados (2). En este sentido, hay que tener presente como el feminismo ha jugado un papel esencial en la ruptura con un universalismo abstracto que implicaba mantener el poder masculino y en la profundiza-

(1) Por ello, al considerar la garantía de los derechos de las personas LGTB no debemos perder de vista los mandatos establecidos por la Convención de la ONU sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer de 1979. Entre ellos ocupa un lugar destacado el que obliga a los Estados a «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres».

(2) En este sentido, debemos tener presente la concepción de los derechos humanos como «el resultado de luchas sociales y colectivas que tienden a la construcción de espacios sociales, económicos, políticos y jurídicos que permitan el empoderamiento de todas y todos para poder luchar plural y diferenciadamente por una vida digna de ser vivida». HERRERA (2005): 247.

ción en una igualdad material que ha de tener en cuenta las circunstancias de cada individuo y de los grupos en que se integra. Con una conexión en algunos casos muy estrecha con las luchas feministas, los movimientos de gays, lesbianas, transexuales y bisexuales (en adelante, LGTB) han incidido desde las últimas décadas del siglo XX no sólo en lograr el reconocimiento de determinados derechos sino también en la ruptura con un modelo cultural androcéntrico y heterosexista. A través de las reivindicaciones de sus derechos, estamos redefiniendo la lógica de la universalidad de la dignidad y, por tanto, *deconstruyendo* la concepción dominante de los derechos, en la medida en que:

«lo universal empieza a ser articulado precisamente a través de los desafíos a la formulación que ya *existe*, y el desafío proviene de aquellos a quienes no incluye, de aquellos que no tienen derecho a ocupar el lugar del “quién”, pero que, sin embargo, exigen que lo universal como tal les incluya»(3).

La conquista que los gays y las lesbianas norteamericanos/as alcanzaron en diciembre de 2010 no sólo merece subrayarse por lo que supone de ampliación del mismo concepto de dignidad, y por tanto con él de los derechos humanos, sino también porque nos plantea las claves de un debate jurídico y político que en gran medida las sociedades occidentales se resisten a afrontar. Este debate ha de llevarnos a las dos claves del entendimiento del derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad: 1.º) Se trata de un derecho con una especial incidencia en el ámbito privado pero también con evidentes proyecciones públicas; 2.º) Se trata de una dimensión esencial de lo que más genéricamente podríamos denominar «derecho a la identidad», de la que forman parte como un haz todos los derechos y libertades y que implica la capacidad de cada individuo para diseñar con libertad y sin discriminaciones su plan de vida.

II. LA DIMENSIÓN PÚBLICA DE LA DIVERSIDAD AFECTIVA Y SEXUAL

El reconocimiento de la diversidad afectiva y sexual nos remite a un concepto elaborado por la Sociología y que nos puede servir para enfocar algunos de los retos que plantea su adecuada protección. Desde la Sociología de la Sexualidad se habla de «ciudadanía íntima» para englobar la pluralidad

(3) BUTLER (2010): 270.

de opciones para construir nuestra intimidad y nuestra vida personal (4). Mediante el uso de dos términos que pueden parecer contradictorios, se ponen las bases para diseñar un nuevo modelo de sujeto de derechos del que ya no es posible separar radicalmente su esfera privada y pública, los tiempos personales de los políticos, sus opciones afectivas y sexuales del conjunto de relaciones sociales en que se inserta. Cuando hablamos de ciudadanía íntima lo hacemos de cómo nos relacionamos afectiva y sexualmente, de cómo tenemos y educamos a nuestros hijos, de cómo gestionamos nuestro cuerpo y nuestra intimidad. Y todo ello tiene una dimensión pública evidente. Al mismo tiempo, el concepto de «ciudadanía íntima» supone reconocer la diversidad de «esferas públicas», es decir, la diversidad de «formas de ser», de estar en lo público. Ello sin duda genera mayor complejidad e incluso conflictividad, pero nos remite a un escenario mucho más respetuoso con la igualdad y el pluralismo.

Paralelamente a dicha revisión de los espacios y también de los tiempos que llevan aparejados, es necesario romper con los esquemas que han condicionado las opciones personales de los individuos en virtud de las reglas del patriarcado, es decir, de acuerdo con la concepción dominante del varón heterosexual productor y la mujer «domesticada» y reproductora. En función de esos patrones, mientras que la mujer era invisible en el espacio público pero central en el privado, las minorías sexuales eran «doblemente expulsadas de uno y otro ámbito» (5). De ahí que la transformación exigida suponga incidir en ambos espacios y, en definitiva, en las relaciones de poder.

Esta revisión supone además la de los modelos de convivencia, de las estructuras familiares y, por lo tanto, de patrones culturales muy asentados en nuestras sociedades. De ahí que cualquier propuesta de reforma jurídica que plasme esta transformación genere una intensa polémica y alimente debates en los que se entremezclan argumentos jurídicos y políticos con otros de índole ético o moral. Baste recordar la planteada en nuestro país por la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que reconoció el matrimonio entre personas del mismo sexo. Más allá de la controversia estrictamente jurídica en torno a los requisitos de dicho contrato, el debate planteado en la sociedad española fue tan intenso porque dicha reforma suponía erosionar una de las esencias del patriarcado: el modelo familiar construido sobre la autoridad del varón, la reproducción como finalidad y, por tanto, sobre la heterosexualidad. Un modelo que durante siglos no sólo

(4) PLUMMER (2003): 26.

(5) VÉLEZ-PELLEGRINI (2008): 47-48.

ha legitimado al hombre como detentador del «monopolio de la violencia simbólica legítima (y no sólo del poder sexual) en el interior de la familia», sino que también ha articulado el espacio público a partir de la representación masculina y heterosexual del ser humano (6). Es decir, el matrimonio y la familia han sido los guardianes no sólo de la jerarquía entre los sexos sino también de la heterosexualidad como patrón de la «normalidad» (7). De ello deriva una forma de dominación, con sus consiguientes procesos de discriminación, que se denomina «heterosexismo» (8).

El eje *heterosexualidad-familia-reproducción* ha ido acompañado, a su vez, de una depurada construcción de la homofobia, no sólo desde el punto de vista más estricto de negación de la igual dignidad de gays y lesbianas, sino también a través de un entendimiento de la masculinidad que ha implicado el rechazo de lo femenino. En este sentido, los hombres hemos construido nuestra «identidad» no sólo «huyendo» de la homosexualidad sino también rechazando todos los valores, actitudes y aptitudes entendidas como propias de las mujeres. Ello nos ha supuesto además la permanente tensión de demostrar que somos hombres o, mejor dicho, que no somos mujeres. A su vez, las mujeres que no han respondido al canon de esposas y reproductoras han carecido de espacios y de reconocimiento. Simplemente no han existido. Ni siquiera existieron para el Derecho Penal, el cual sí que perseguía y sancionaba a los hombres que se atrevían a contrariar las reglas heterosexistas.

(6) BOURDIEU (2000): 92.

(7) Esta visión de la «heterosexualidad» como «la norma» e incluso como la referencia para el «orden» continúa trasladándose incluso en los discursos de quienes defienden la igualdad de las diferentes orientaciones sexuales. Baste con recordar, por ejemplo, unas palabras pronunciadas por el presidente del Gobierno José Luis Rodríguez Zapatero en el debate sobre el «matrimonio gay» (Diario de Sesiones del 30 de junio de 2005): «Señorías, no hay agresión ninguna al matrimonio ni a la familia en la posibilidad de que dos personas se casen. Mas bien al contrario, lo que hay es cauce para realizar la pretensión que tienen esas personas de *ordenar sus vidas* con arreglo a las normas y exigencias del matrimonio y la familia». De estas palabras puede deducirse de manera implícita la consideración de determinadas opciones como «desórdenes» que han de «ordenarse» a través de la institución matrimonial. PASCALE Y SAIZ (2005): 87.

(8) Este esquema no ha sido desterrado completamente de nuestra cultura jurídica, tal y como demuestran, por ejemplo, los argumentos usados por el Consejo General del Poder Judicial para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo. Sólo desde una consolidada, y vergonzante, homofobia pueden entenderse afirmaciones como que las uniones homosexuales son «estructuralmente estériles», que su grado de inestabilidad es mucho mayor que en el caso de las heterosexuales o que «la voluntad de los contrayentes homosexuales no puede identificarse con la voluntad conyugal basada en la *affectio maritalis*. (*Ésta*) implica un grado superior, por supuesto, a la pura elección esporádica y, por encima de ésta, a una relación estable de hecho...».

De acuerdo con todos estos parámetros, es obvia la conexión que existe entre las reivindicaciones feministas y las de los colectivos de gays y lesbianas. Ambas coinciden en criticar un modelo cultural —que a su vez es jurídico y político— basado en el universalismo abstracto, en la igualdad formal y en la negación de las diferencias. En este sentido, la violencia más dura sufrida por muchos gays, lesbianas y transexuales no ha sido tanto la física, que es la derivada, como la simbólica, que es la originaria. Sus reivindicaciones coinciden en la transformación del orden patriarcal, en la reacción contra esa «violencia simbólica» y en el reconocimiento de las diversas maneras de ser hombre y mujer. En definitiva, contra la norma que implica el «género».

III. DEL PECADO *CONTRA NATURA* A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL

1. *La Declaración de Naciones Unidas sobre orientación sexual e identidad de género de 18 de diciembre de 2008*

Hasta hace relativamente poco tiempo, la diversidad sexual sólo era contemplada, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, desde una perspectiva penal(9). Según el «Informe sobre homofobia patrocinada por el Estado», publicado por TLGA (Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersexuales) en mayo de 2012, todavía hoy la homosexualidad está castigada en varios países con la muerte —Mauritania, Arabia Saudí, Sudán, Irán, Yemén, norte islamista de Nigeria y Somalia— y en un total de 78 Estados se criminalizan las relaciones entre personas del mismo género. Es decir, el Derecho sigue en muchos Estados asumiendo el reproche moral que en algunas culturas ha merecido y sigue mereciendo la homosexualidad. En países como el nuestro, marcados por una cultura católica muy arraigada —no hay que olvidar cómo la tradición judeo-cristiana ha contribuido a mantener la dicotomía heterosexual/homosexual(10)—, la

(9) Al margen de la persecución penal, hay que recordar que hasta 1976 la homosexualidad no fue eliminada del Manual de estadística y diagnóstico de los trastornos mentales de la Asociación americana de psiquiatría y que la Organización Mundial de la Salud la mantuvo en su lista de enfermedades hasta 1993. Sobre la persecución de la homosexualidad véanse TOMÁS Y VALIENTE (2001) y PÉREZ CÁNOVAS (1996).

(10) Una tradición que ha sido refrendada a nivel jurídico hasta fechas muy recientes. Baste recordar, por ejemplo, una sentencia del Tribunal Supremo de EEUU de 1986 (Bowers. v. Hardwick, 106 US 2841, 1986), en la que se estimaba que la condena de la sodomía no

evolución ha estado marcada por tres momentos: su consideración como pecado *contra natura* (11), su persecución penal en cuanto amenaza para el orden público (12) y la progresiva tolerancia de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación (13). El siguiente paso, desde el punto de vista jurídico-constitucional, vendría marcado por ir más allá de la prohibición de discriminación y configurar un derecho íntimamente conectado con la dignidad y con el libre desarrollo de la personalidad.

En el ámbito del Derecho Internacional los esfuerzos todavía se sitúan en la prohibición de la discriminación y en la lucha contra sistemas jurídicos y culturales en los que la homosexualidad es considerada incluso un delito. En este sentido, cabe destacar como la Declaración aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008, pese a denominarse *Declaración sobre orientación sexual e identidad de género*, incidió, no tanto en los contenidos positivos de esa dimensión de la identidad, sino más bien en la lucha contra los sistemas jurídicos que aún siguen penalizando determinadas opciones sexuales (14). De esta manera, la Declaración insiste en lo que podríamos llamar esfera «negativa» del derecho, es decir, en la reafirmación del principio de no discriminación, el cual «exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género». La Asamblea

era contraria a la Constitución, ya que está enraizada en las normas morales y éticas de la tradición judeo-cristiana. BORRILLO (2001): 58.

(11) Desde interpretaciones teológicas, se defendió que la actividad del hombre era necesaria para la continuidad de la labor creadora. Frente a la labor pasiva de la mujer —«un simple vaso donde se deposita el semen»—, el varón se convierte en un colaborador de Dios. Por ello, el más grave de los pecados será el pecado *contra natura*, en el que al unirse dos hombres se desperdicia la posibilidad de seguir procreando. TOMÁS Y VALIENTE (2001): 107-109.

(12) Esta persecución alcanza su máxima expresión en regímenes totalitarios como los que sacudieron Europa en la primera mitad del siglo XX. Fue mucho más evidente en el caso del régimen alemán, en el que los homosexuales fueron perseguidos junto a los judíos o los gitanos. En un régimen igualmente dictatorial, aunque con un sentido ideológico diverso, como es el castrista en Cuba, también durante mucho tiempo los homosexuales fueron perseguidos penalmente.

(13) La homofobia dominante en nuestro sistema jurídico ha estado presente hasta fechas muy recientes. Basta con recordar como el Tribunal Supremo calificaba la homosexualidad como «relaciones aberrantes» (STS de 9 y 13 de octubre de 1981), «práctica obscena» (STS de 14 de julio de 1982), «tara» (STS de 13 de mayo de 1985) o «acto *contra natura*» (STS de 15 de noviembre de 1991).

(14) Unos meses antes, en concreto el 3 de junio de 2008, y en un sentido similar al de la Declaración de Naciones Unidas, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la resolución AG/RES, 2435 (XXXVIII-O/08), sobre «Derechos humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género».

General de Naciones Unidas reacciona frente a la violencia, acoso, discriminación, exclusión, estigmatización y prejuicio que se dirigen contra personas de todos los países del mundo por causa de sus opciones sexuales y subraya la necesidad de poner fin al uso de la pena de muerte, las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, la práctica de la tortura o penas crueles, inhumanas o degradantes, el arresto o detención arbitrarias y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales. De ahí que el contenido esencial de la Declaración se centre en sus puntos 11 y 12, en los cuales se establece un doble mandato para los Estados: el que reclama las medidas necesarias, en particular las legislativas o administrativas, para asegurar que la orientación sexual o identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular ejecuciones, arrestos o detención; y el relativo a investigar las violaciones de derechos humanos basadas en dichas circunstancias y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

En todo caso, no debemos olvidar las dificultades que tuvieron que salvarse para llegar a un texto consensuado, así como las respuestas que generó en varios Estados, las cuales nos demuestran la pervivencia de un modelo patriarcal, heterosexista y homófobo. Para empezar, la Declaración sólo fue firmada por 66 de los 192 miembros de Naciones Unidas, incluyendo todos los países de la Unión Europea y la mayoría de los países occidentales, con la excepción de Estados Unidos, que tras declarar que firmarla era incompatible con su ordenamiento interno ha decidido finalmente apoyarla. Especialmente controvertida fue por ejemplo la posición del Vaticano, que llegó a defender que si la declaración era ampliamente aceptada se podía forzar a otros países a reconocer el matrimonio entre personas del mismo sexo. Ni Rusia ni China ni los países miembros de la Conferencia islámica firmaron la Declaración. Incluso el portavoz sirio llegó a hacer pública una declaración, respaldada por la Organización de la Conferencia Islámica, en la que se consideraba que el texto de Naciones Unidas socavaba el marco internacional de los derechos humanos, profundizaba en cuestiones que son esencialmente de la jurisdicción interna de cada Estado y podría conducir a «la normalización social y, posiblemente, la legitimación, de muchos actos deplorables incluida la pedofilia».

2. Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 31 de marzo de 2010

Sólo dos años después de la Declaración de Naciones Unidas, en concreto el 31 de marzo de 2010, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la Recomendación CM/Rec(2010) 5 en la que se detallan una serie

de medidas que los Estados miembros deberían adoptar para luchar contra la discriminación fundada sobre la orientación sexual o la identidad de género (15).

Además de reiterar los mandatos ya presentes en la Declaración de Naciones Unidas, dirigidos básicamente a la adopción de medidas de todo tipo contra la discriminación del colectivo LGTB, la Recomendación incluye un anexo en el que se explicita un catálogo de derechos mediante los que se concretaría el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad. Llama la atención que este anexo se inicie con la proclamación del «derecho a la vida, la seguridad y la protección contra la violencia», dentro del cual se incluye la lucha contra los literalmente denominados «crímenes de odio» así como contra los «discursos de odio», los cuales, como señala el apartado I.B, «deberían ser prohibidos y condenados públicamente en toda ocasión». A continuación lo que el anexo hace es concretar el contenido de los derechos fundamentales teniendo en cuenta la perspectiva de la orientación sexual y la identidad de género. Así se hace referencia explícita a las libertades de asociación, expresión y reunión, insistiéndose, por ejemplo, en que los Estados miembros han de proteger a los participantes en manifestaciones pacíficas a favor de los derechos de las personas LGTB. Igualmente se reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar, con todas las consecuencias jurídicas que de él derivan, tales como el reconocimiento del cambio de sexo de una persona, el derecho de una persona transgénero a casarse con una persona del sexo opuesto, la igualdad de derechos y obligaciones de las parejas homosexuales y heterosexuales y la prohibición de discriminación en materias como el parentesco, la tutela de menores o la adopción.

La Recomendación insiste también en la tutela de la no discriminación de este colectivo en ámbitos como el empleo, la educación, la salud, la vivienda o incluso los deportes. Finalmente, cabe destacar cómo se subraya que la persecución motivada por la orientación sexual o la identidad de género puede ser un motivo válido para el reconocimiento del derecho de asilo, así como la orientación sexual y la identidad de género suelen sumarse a otras circunstancias de la persona dando lugar a «discriminaciones múltiples».

(15) El Comité de Ministros sigue muy de cerca las recomendaciones de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa adoptadas desde 1981 relativas a la discriminación por orientación sexual o identidad de género, así como la Recomendación 211 (2007) del Congreso de poderes locales y regionales del Consejo de Europa sobre «Libertad de expresión y de reunión para las lesbianas, gays, bisexuales y transexuales».

3. *Los Principios de Yogyakarta de 2006*

Más allá del Derecho antidiscriminatorio, en el que principalmente inciden tanto la Declaración de Naciones Unidas como la Recomendación del Consejo de Europa comentadas, es preciso avanzar en la definición «en positivo» del derecho que nos ocupa. Los *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (en adelante, PY), nos ofrecen una serie de estándares para construir «en positivo» el derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad (16). Al mismo tiempo, dichos estándares nos ofrecen una serie de pautas para dotar de contenido «afectivo-sexual» al que podemos denominar como «derecho a la identidad».

Los PY parten del reconocimiento de la orientación sexual y la identidad de género como esenciales para la dignidad y la humanidad de toda persona, así como de constatar cómo en muchas sociedades se continúa controlando las relaciones personales de los individuos y perpetuando la desigualdad entre los géneros. De ahí que su introducción subraye que «muchos Estados y sociedades imponen a las personas normas relativas a la orientación sexual y la identidad de género a través de las costumbres, las leyes y la violencia». Este planteamiento debemos entenderlo no sólo en relación con los Estados cuyos ordenamientos persiguen de manera efectiva determinadas opciones sexuales sino, de manera más general, con respecto a todos aquellos contextos culturales —se habla también de «costumbres»— en los que todavía hoy algunos individuos encuentran dificultades para desarrollar con libertad su sexualidad. Por lo tanto, el nivel de incidencia de los PY será distinto y, en este sentido, podemos hablar de diferentes estados de evolución en cuanto a la protección de los referidos derechos. Mientras que en algunas partes del planeta todavía hoy el reto es eliminar del código penal determinadas opciones sexuales, en otras el objetivo será incidir en la igualdad de trato y en la

(16) Los Principios de Yogyakarta fueron elaborados a petición de Louise Arbour, ex Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008), y se redactaron en noviembre de 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta por un grupo de 29 expertos en Derechos Humanos y derecho internacional de varios países. Su presentación tuvo lugar el 26 de marzo de 2007 en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y posteriormente fue ratificado por la Comisión Internacional de Juristas. Se trata de un documento que contiene una serie de principios legales cuyo fin es la aplicación de las normas de derecho internacional de derechos humanos en relación a la orientación sexual y la identidad de género. El texto marca los estándares básicos para que las Naciones Unidas y los Estados avancen para garantizar la protección de los derechos humanos a las personas LGBT.

no discriminación, mientras que finalmente en las más avanzadas se tratará de articular un derecho específico.

Los PY subrayan cómo las personas LGTB suelen sufrir procesos de múltiple discriminación que agravan su exclusión y estigmatización. Circunstancias como el género, la raza, la edad, la religión, la discapacidad, el estado de salud o las condiciones económicas se suman en muchos casos, debilitando «su sentido de estima personal y de pertenencia a su comunidad», lo cual les conduce en muchas ocasiones «a ocultar o suprimir su identidad y a vivir en el temor y la invisibilidad». Estas últimas palabras nos sitúan en la clave de por qué un sistema de derechos humanos debe proteger la diversidad sexual y no debe limitarse a garantizarla como una dimensión de la vida privada. Se trata, en definitiva, de garantizar que todos los individuos puedan desarrollar libremente su identidad, sin temores, sin estigmas, completamente visibles y sin que ello suponga un menoscabo de su propia dignidad (17).

Al mismo tiempo, y como he apuntado con anterioridad, se subraya la vinculación del respeto de estos derechos con la igualdad de género, de ahí que se insista en la necesidad de que todos los Estados adopten todas las medidas apropiadas para eliminar los prejuicios y las prácticas que se basen en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados.

Los PY nos aportan dos conceptos que nos pueden servir para incorporarlos al derecho que estamos tratando de definir. Por una parte, se concreta la orientación sexual como

«la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género distinto al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas».

Por otra, se define la identidad de género como

«la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al mo-

(17) No debemos olvidar que en el caso de los homosexuales, y a diferencia de lo que pasa con otros grupos o colectivos, el hecho de tener en muchos casos que ocultar su orientación sexual les obliga a vivir de manera aislada su discriminación, en contextos hostiles, lo cual provoca consecuencias muy negativas desde el punto de vista emocional. En este sentido, bastaría con repasar los múltiples estudios realizados entre adolescentes y, por ejemplo, la aún elevada tasa de suicidios vinculada a la no aceptación de su condición sexual. Así lo puso de manifiesto el Consejo de Europa en un informe publicado en 2008 y titulado «El suicidio de niños y adolescentes en Europa, un grave problema de salud pública», en el que se llamó la atención sobre la elevada tasa de suicidios de jóvenes LGTB.

mento del nacimiento, incluyendo la vivencia del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente elegida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales».

Partiendo de estos conceptos básicos, el documento enumera un total de 27 principios, señalando en relación con cada uno de ellos una serie de recomendaciones de acciones concretas que los Estados deberían adoptar para garantizar su realización. Lo que hace el texto es aplicar de manera transversal a todos los derechos el elemento de la orientación sexual y la identidad de género, partiendo de las proclamaciones generales que se contienen en el principio 1 —«Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos»— y en el 2 —«Todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género».

También por su carácter más general cabe destacar el principio 3, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, del que podemos deducir la conexión de los derechos comentados con la identidad del individuo, y en el que se insiste en que «la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad». Entre los mandatos que derivados de este principio se dirigen a los Estados cabe señalar el de conferir plena capacidad jurídica en asuntos civiles a cualquier persona sin discriminación por orientación sexual o identidad de género, así como el de garantizar que todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona reflejen «la identidad de género profunda que la persona define por sí y para sí».

A partir del principio 4, dedicado al derecho a la vida, y en el que se incluye de manera expresa la prohibición de pena de muerte por actividades sexuales realizadas de mutuo acuerdo entre personas que sean mayores de edad o por su orientación sexual o identidad de género, se recogen una serie de derechos humanos en cuyo ejercicio debe garantizarse de manera especial la protección de dichas dimensiones de la personalidad. Es el caso del derecho de toda persona a la seguridad personal [principio 5], a no ser detenida arbitrariamente [7], a un juicio justo [8], a ser tratada humanamente en los casos de privación de libertad [9], a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes [10], a la protección contra todas

las formas de explotación, venta y trata de personas [11], al trabajo [12], a la seguridad social y otras medidas de protección social [13] (18), a un nivel de vida y a una vivienda adecuados [14 y 15], al disfrute del más alto nivel posible de salud [17] (19), a la protección contra abusos médicos [18], a la libertad de reunión y de asociación pacíficas [20], a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión [21], a la libertad de movimiento [22], a solicitar asilo [23], a participar en la vida pública [25] y en la vida cultural [26], y el derecho a promover los derechos humanos [27].

He separado algunos derechos de esa enumeración ya que merecen un comentario más detenido, en cuanto que tienen una especial incidencia en contextos jurídico-políticos como el nuestro. Así, cabe destacar la proclamación que del derecho a gozar de la privacidad hace el principio 6, si bien lo que merece la pena subrayar es el inciso con el que se cierra dicho principio:

«El derecho a la privacidad normalmente incluye la opción en cuanto a revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otra persona».

En relación a este derecho, entiendo que la técnica del *outing* —consistente en hacer pública la orientación sexual de personajes públicos— corre el riesgo de lesionarlo, si bien puede provocar consecuencias positivas desde el punto de vista de la «normalización» de determinadas opciones. Ahora bien, el derecho a la vida privada debería siempre y en todo caso primar sobre cualquier otra consideración, debiendo ser una exigencia ineludible el consentimiento del individuo para la difusión de datos pertenecientes a dicha parcela. No cabe duda de que el dato que finalmente podrá revelarnos que existe un pleno reconocimiento de derechos de las personas LGTB será que,

(18) En relación a este derecho, cabe destacar cómo se recomienda a los Estados que se garantice a todos los individuos todos los beneficios ligados a la salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género) y todas las prestaciones que por ejemplo sirvan para paliar la pérdida de apoyo como resultado de la enfermedad o muerte de cónyuges o parejas.

(19) Cabe destacar la recomendación dirigida a los Estados para que faciliten el acceso al tratamiento, atención y apoyo competentes y no discriminatorios a aquellas personas que procuren modificaciones corporales relacionadas con la reasignación de género, así como la que reclama que todos los prestadores de servicios de salud traten a sus clientes, clientas, y las parejas de ellos y de ellas sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluso en lo concerniente al reconocimiento como parientes más cercanas o cercanos.

al igual que sucede con los heterosexuales, sus opciones no sean relevantes en la escena pública.

De los mandatos que derivan del derecho a la educación (principio 16), cabe destacar el llamamiento a los sistemas educativos para que inculquen el respeto por las diversas orientaciones sexuales e identidades de género. En concreto se pide a los Estados que aseguren «que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y de sus madres, padres y familiares en este sentido». Igualmente se insiste en la necesidad de proteger contra el acoso y el hostigamiento dentro del ámbito escolar.

Los PY incluyen una amplia definición del derecho a la libertad de opinión y expresión, el cual incluye

«la expresión de la identidad o la personalidad mediante el lenguaje, la apariencia y el comportamiento, la vestimenta, las características corporales, la elección de nombre o por cualquier otro medio, como también la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todos los tipos, incluso la concerniente a los derechos humanos, la orientación sexual y la identidad de género, a través de cualquier medio y sin tener en cuenta a las fronteras» (principio 19).

Entre las medidas reclamadas a los Estados se deja bien claro que:

«las nociones de orden público, moralidad pública, salud pública y seguridad pública no sean utilizadas para restringir, en una forma discriminatoria, ningún ejercicio de la libertad de opinión y de expresión que afirme las diversas orientaciones sexuales o identidades de género».

Finalmente cabe señalar la amplia concepción que de la familia se sostiene en los Principios de Yogyakarta. Tras reconocer el derecho de toda persona a formar una familia, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, se afirma que «existen diversas configuraciones de familias» (principio 24). Una afirmación que puede parecer obvia pero que es necesario reafirmar incluso en contextos democráticos avanzados como el nuestro. Por ello son tan importantes las prescripciones que establece el principio 24. Entre otras cuestiones se pide a los Estados que «adopten todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias, a fin de asegurar el derecho a formar una familia, incluso a través del acceso a la adopción o a la reproducción asistida (incluyendo la inseminación por

donante), sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género», así como que velen por que las leyes y políticas reconozcan la diversidad de formas de familias, incluidas aquellas que no son definidas por descendencia o matrimonio, así como por que se adopten todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que ninguna familia sea sometida a discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de cualquiera de sus integrantes, incluso en lo que respecta al bienestar social y otros beneficios relacionados con la familia, el empleo y la inmigración.

IV. LA DIVERSIDAD AFECTIVO-SEXUAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. *El principio de igualdad y la prohibición de discriminación por orientación sexual*

Los ordenamientos jurídicos han avanzado en la protección de la diversidad sexual a través de la cláusula general de la prohibición de discriminación. En la mayoría de los Estados constitucionales la orientación sexual no aparece expresamente mencionada entre las circunstancias que no deben dar lugar a discriminaciones (20).

En el ámbito de la Unión Europea, debemos tener presente como la Carta de los Derechos Fundamentales incluye la prohibición de toda discriminación por razón de orientación sexual (artículo 21). Por otra parte, la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluye, de manera expresa, la orientación sexual entre las causas de discriminación contra las que la Unión tratará de luchar en la definición y ejecución de sus políticas y acciones (art. 10). De acuerdo con este mandato, el art. 19.1 dispone que el Consejo, por unanimidad, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (21). A su vez, no hay que olvidar que de manera trans-

(20) Entre los escasos textos constitucionales que incluyen expresamente la prohibición de discriminación por orientación sexual cabe destacar los de Sudáfrica (art. 9.3) y México, en el que se usa el concepto de «preferencias sexuales» (art. 1).

(21) El desarrollo de este principio ha dado lugar a la aprobación de diferentes directivas que forman un importante corpus normativo de protección frente a la discriminación: la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; la Directiva 2000/78/CE, relativa

versal a todas sus acciones, la Unión Europea fija el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad (art. 8).

Varios años antes el Parlamento Europeo había aprobado la Resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94, del 8 de febrero de 1994, D.O.C. 28.02.1994). En ella se constataba una doble evidencia que puede resultar paradójica. Por una parte, se hacía referencia a «la creciente presencia de las lesbianas y de los homosexuales en la opinión pública y la creciente pluralización de los estilos de vida», aunque al mismo tiempo se recordaba que «en muchos ámbitos sociales y, a menudo desde el inicio de la adolescencia, las lesbianas y los homosexuales están expuestos a bromas humillantes, intimidaciones, discriminaciones e incluso agresiones». Por ello la Resolución insistía en la necesidad de modificar unas estructuras sociales y culturales que siguen siendo homófobas, para lo cual se consideraba una tarea prioritaria que los Estados adapten las disposiciones civiles, penales y administrativas en vigor para poner fin a las discriminaciones por orientación sexual. Al mismo tiempo subrayaba la necesidad de adoptar medidas y realizar campañas contra las crecientes agresiones de que son objeto las personas

al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro; la Directiva 2004/54 CE que refunde toda la normativa anterior en materia de igualdad de oportunidades y trato en asuntos de empleo y ocupación, y la Directiva 2010/41 UE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y que deroga la Directiva 86/613 CEE. También el Parlamento Europeo, por Resolución de 14 de enero de 2009, insiste a los Estados en la necesidad de combatir toda forma de discriminación garantizando la igualdad de oportunidades como un derecho fundamental, calificando las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE como «norma mínima» y fundamento para una «política exhaustiva contra las discriminaciones», para lo que pide tomar en cuenta las recomendaciones de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales de 2008 y la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de 28 de noviembre. Por último, en el marco de la Agenda Social Renovada, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de julio de 2008, adoptó una propuesta de directiva, todavía en fase de negociación, con el objetivo de garantizar la prohibición de toda forma de discriminación, incluido el acoso, por motivos de edad, orientación sexual, discapacidad, religión o convicciones en ámbitos como la sanidad, las prestaciones sociales, la educación y el acceso a bienes y servicios, incluida la vivienda, completando así el proceso de aplicación del artículo 19 del Tratado, a todos aquellos motivos de discriminación que todavía no gozan de la citada protección más allá del ámbito del empleo y la ocupación.

homosexuales, así como de garantizar el procesamiento de los autores de estas agresiones. Paralelamente se pedía a la Comisión la presentación de una propuesta de Recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales, la cual, como mínimo, debería poner fin a: la existencia de edades distintas y discriminatorias para el consentimiento necesario para mantener relaciones homosexuales; la persecución de la homosexualidad como un atentado contra el orden público o las buenas costumbres; a toda forma de discriminación en el derecho laboral, en el disfrute de los servicios públicos, así como en el derecho penal, civil, contractual y comercial; al almacenamiento electrónico de datos relativos a la orientación sexual de un individuo sin su conocimiento o consentimiento, o la divulgación no autorizada o al uso indebido de dichos datos; a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños (22).

En la mayoría de los sistemas constitucionales han sido construcciones jurisprudenciales las que han incorporado la orientación sexual en el ámbito de protección de la igualdad. Ha sido el caso, por ejemplo, del Tribunal Constitucional español que ha concluido que la orientación sexual debe considerarse incluida en la cláusula abierta del art. 14 CE que prohíbe la discriminación por «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (STC 41/2006, de 13 de febrero) (23). Y ello es así porque

(22) En fechas más recientes, en concreto el 8 de junio de 2010, el Consejo de Europa, a través del Grupo de «Derechos Humanos» adoptó el denominado «Manual para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por parte de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero (LGBT)». Un documento adoptado con el objetivo de ayudar a las instituciones de la UE, a las capitales de los Estados miembros de la UE, así como a sus Delegaciones, Representaciones y Embajadas a reaccionar voluntariamente a las violaciones de los derechos humanos de las personas LGBT y a hacer frente a las causas estructurales que las originan.

(23) En esta línea habría que recordar el frustrado Proyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y no discriminación, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de mayo de 2011 y que ha de considerarse decaído tras la publicación en el BOE el 27 de septiembre de 2001 del Real Decreto 1329/2011, por el que disuelven las Cortes Generales y se convocan elecciones para el 20 de noviembre. El Proyecto pretendía convertirse, según su exposición de motivos, «en el mínimo común denominador normativo» que contuviera las decisiones fundamentales en el derecho antidiscriminatorio español, trasladando a nuestro ordenamiento las múltiples disposiciones comunitarias que sobre esta materia se han aprobado en los últimos años. En cuanto al tema que nos ocupa, señalar que el Proyecto concretaba la cláusula abierta del art. 14 CE e incluía expresamente la discriminación por orientación sexual o identidad sexual (art. 2). En líneas generales, lo que el Proyecto hacía era recoger los instrumentos y conceptos consolidados por el Derecho antidiscriminatorio internacional, y singularmente

«la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE».

Ahora bien, sí que podríamos entender que dicha discriminación podría encuadrarse en la que podríamos denominar más genéricamente «discriminación por razón de género», en la medida en que la exclusión de los homosexuales y las lesbianas y la supervivencia de prejuicios sociales contra ellos y ellas tiene que ver con una determinada construcción de la masculinidad y de la feminidad así como de las relaciones entre ambos géneros(24). En este sentido, la orientación sexual de los individuos también ha estado muy condicionada por una normativa hegemónica de género que empieza a desmontarse gracias a la presión del feminismo.

Nuestro Tribunal Constitucional ha seguido muy de cerca los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en relación con el alcance del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos

europé, en las últimas décadas. Así, entre los conceptos incluidos en su articulado cabría destacar los de discriminación directa e indirecta, por asociación, por error o múltiple, así como la legitimación de las diferencias de trato justificadas de manera objetiva y razonable, el reconocimiento de un «acoso discriminatorio» o la polémica «inversión de la carga de la prueba». Mucho más difusos y discutibles eran los instrumentos de garantía previstos, tales como la Estrategia Estatal para la Igualdad de Trato y No Discriminación o la denominada Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación. El proyecto ha vuelto a ser presentado como Proposición de Ley por el Grupo Socialista del Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, 27 de diciembre de 2011).

(24) Por eso creo que mucha de las garantías jurídicas que el ordenamiento ha ido consolidando para proteger la igual libertad de las mujeres podría extenderse a la protección de colectivos, como los gays y lesbianas, que sufren una similar discriminación. Una discriminación que tiene que ver con la ruptura de los patrones dominantes y que cuesta tanto trabajo superar porque incide en las relaciones de poder que durante siglos han regido nuestras sociedades. Por ejemplo, determinados comportamientos homofóbicos que se siguen dando en el ámbito laboral se ajustarían al concepto consolidado en el Derecho Comunitario como «acoso por razón de sexo». Bastaría con cambiar «sexo» por «orientación sexual» o incluso por «género». De esta manera podríamos «leer» el art. 7 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIMH), de la siguiente manera: *«Constituye acoso por razón de orientación sexual cualquier comportamiento realizado en función de la orientación sexual de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo».*

Humanos y libertades fundamentales(25), así como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sentencia de 17 de febrero de 1998, *Grant v. South West Trains*). Pero lo que más llama la atención de la jurisprudencia del TEDH es que durante mucho tiempo entendió la orientación sexual como una dimensión de la vida privada del individuo. Así la contempló desde la sentencia *Dudgeon v. United Kingdom*, de 22 de octubre de 1981, en la que se estimó que la penalización de las prácticas homosexuales realizadas entre adultos, consentidas y de manera privada habían de entenderse contrarias al art. 8 CEDH. El TEDH parece dar un giro en esa dirección a partir de la sentencia *Da Silva Mouta*, de 21 de diciembre de 1999, en la que se afirma que la orientación sexual es uno de los factores protegidos por el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos(26). Es decir, el TEDH traslada la protección de la orientación sexual de la «vida privada» al principio de igualdad, el cual se ajusta mejor a las múltiples dimensiones que derivan de aquélla.

El carácter que aquí he denominado «negativo» de la orientación sexual, es decir, su configuración desde la prohibición de cualquier actuación que implique una discriminación basada en dicho elemento, es protegido de manera singular desde el Derecho Penal. En concreto, la orientación sexual aparece reiteradamente citada en el capítulo IV del Título XXI del Código Penal, dedicado a los «Delitos contra la Constitución»(27). También desde esa dimensión «negativa», la orientación sexual es contemplada en el ámbito laboral, que fue donde se produjeron los primeros avances en cuanto a esta

(25) SSTEDH de 21 de diciembre de 1999, de 9 de enero de 2003, de 24 de julio de 2003, de 10 de febrero de 2004, de 21 de octubre de 2004, de 3 de febrero de 2005, de 26 de mayo de 2005 o de 2 de junio de 2005. Sobre la jurisprudencia del TEDH, véase REY (2005): 119-127.

(26) En el mismo sentido las Sentencias de 9 de enero de 2003 (*L. and V. Austria*) y de 24 de julio de 2003 (*Caso Karner*).

(27) En dicho capítulo se castiga a los que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra grupos o asociaciones por la orientación sexual de sus miembros o a los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre dichos miembros (art. 510). El art. 511 penaliza al encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su orientación sexual, así como cuando la denegación se refiera a una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su orientación sexual. En un sentido similar, el art. 512 castiga a los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su orientación sexual. Finalmente, el art. 515 incluye entre las asociaciones consideradas ilícitas las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de la orientación sexual de sus miembros o de algunos de ellos.

prohibición. Así, hay que recordar que en el año 2000 se aprobó la Directiva 2000/1978, de 27 de noviembre, que se fijó como objetivo «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato». Esta Directiva fue desarrollada en nuestro país mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden fiscal, la cual introduce en nuestro ordenamiento jurídico la orientación sexual como causa de discriminación prohibida. En la actualidad el art. 4.1.c del Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho de estos «a no ser discriminados directa o indirectamente por el empleo, o una vez empleados, por razones de (...) orientación sexual». El art. 17.1 de dicho Estatuto estima nulos «las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas (...) favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de (...) orientación sexual». Posteriormente, la DA 11.^a de la LOIMH modifica el párrafo e) del apartado 2 del art. 4 del Estatuto de los Trabajadores, incluyendo el derecho «al respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u *orientación sexual*, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo». Además incluye entre los motivos de incumplimiento contractual el acoso por razón de orientación sexual (art. 54.2.g) y se modifica el apartado 5 del art. 55 de manera que se considerará como nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas (art. 55.1)

Finalmente, debemos señalar como la *Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, ha incluido la persecución por orientación sexual entre los motivos que pueden dar lugar a la solicitud de asilo (28).

(28) En concreto, el art. 3 dispone que «la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u *orientación sexual*, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país». Entre los motivos de persecución que pueden dar lugar a la solicitud de asilo, el art. 7 se refiere a la pertenencia a determinados grupos sociales, se incluye en dicha categoría a un grupo basado «en una característica común

2. *El reconocimiento estatutario de la orientación sexual y de la identidad de género*

En nuestro ordenamiento jurídico han sido las recientes reformas estatutarias las que han incluido de manera expresa, aunque con diferentes matices, la prohibición de discriminación por orientación sexual e, incluso, han definido un «nuevo» derecho en el sentido que propongo en este artículo. En definitiva, lo que han hecho la mayoría de estos textos estatutarios ha sido concretar la cláusula de no discriminación del art. 14 CE y proclamar una serie de principios rectores relacionados con la igualdad. No hay que olvidar que los Estatutos de autonomía no pueden ir más allá de lo que permite su marco competencial en la definición de derechos y libertades⁽²⁹⁾. Por lo tanto, las siguientes proclamaciones estatutarias han de ubicarse en dicho contexto y vinculadas al ámbito de actuación autonómico.

La LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de autonomía de Cataluña proclama que: «Los poderes públicos deben promover la igualdad de todas las personas con independencia de su origen, nacionalidad, sexo, raza, religión, condición social u *orientación sexual*, así como promover la erradicación del racismo, del antisemitismo, de la *homofobia* y de cualquier otra expresión que atente contra la igualdad y la dignidad de las personas». Tanto la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (art. 17.3) como la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de autonomía de Castilla y León (art. 14) se refieren a la prohibición de discriminación por orientación sexual (art. 17.3). La LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Aragón contempla el derecho de las personas a vivir libres de toda discriminación (art. 12.1), e incluye, entre los principios rectores de las políticas públicas, la obligación de los poderes públicos autonómicos de orientarlas para garantizar el derecho

de orientación sexual o identidad sexual». El legislador puntualiza que «en ningún caso podrá entenderse como orientación sexual, la realización de conductas tipificadas como delito en el ordenamiento jurídico español».

(29) «Los derechos reconocidos en Estatutos de Autonomía han de ser, por tanto, cosa distinta. Concretamente, derechos que sólo vinculen al legislador autonómico —como así se desprende, inequívocamente, del propio Estatuto recurrido, cuyo art. 37.1 Estatuto Autonomía de Cataluña, también impugnado y sobre el que más adelante habremos de pronunciarnos en particular, circunscribe, por principio, a los poderes públicos de Cataluña, y según la naturaleza de cada derecho a los particulares, el ámbito de los obligados por los derechos reconocidos en los capítulos I, II, y III del título I—; y derechos, además, materialmente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma, circunstancia expresamente detallada, según veremos, en el art. 37.4 EAC» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 16).

de todas las personas a no ser discriminadas por razón de orientación sexual e identidad de género (art. 24.d).

La LO 2/2007, de 19 de marzo, del Estatuto de Autonomía para Andalucía, además de incluir la orientación sexual entre las circunstancias que no deben dar lugar a discriminación (art. 14) así como la lucha contra la homofobia entre los principios rectores de las políticas públicas (art. 37.1.2.º), reconoce expresamente el derecho de toda persona a que se respete su orientación sexual y su identidad de género (art. 33). Junto al reconocimiento de este derecho individual, se establece la obligación de que los poderes públicos promuevan políticas que garanticen su ejercicio. Nos encontramos pues antes un derecho subjetivo, directamente reclamable por los particulares (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 15), el cual se acompaña de un mandato a los poderes públicos que es el que habría que situar en la base de toda una serie de transformaciones que han de revisar los esquemas heteronormativos de nuestro modelo de sociedad. Algo que también está explícito en el principio rector contenido en el art. 37.1.2.º, así como en el objetivo básico de propiciar la igualdad del hombre y de la mujer andaluces (art. 10.1). Además, la inclusión expresa en este artículo del objetivo de promover la «democracia paritaria» conlleva la transformación de unos roles y pautas que durante siglos ha marcado el patriarcado. Es decir, la democracia paritaria, entendida en un sentido cualitativo, no implica solamente una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ejercicio del poder, sino también una transformación de los patrones sociales, culturales y jurídicos que han marcado históricamente la posición de mujeres y hombres. Y ello afecta de manera singular a la afectividad, la sexualidad, la vida en pareja, la familia, es decir, a los planes de vida de cualquier individuo.

Más recientemente, la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura se ha limitado a incluir entre los principios rectores de los poderes públicos extremeños la promoción de «políticas para garantizar el respeto a la orientación sexual y a la identidad de género de todas las personas» (art. 7.13).

3. *El derecho al matrimonio: ¿puerta de acceso a la ciudadanía?*

Aunque este tema merecería un tratamiento específico y mucho más amplio, no puedo dejar de comentar en qué medida la extensión del matrimonio a personas del mismo sexo supone un avance en el reconocimiento del libre desarrollo a la afectividad y la sexualidad. De entrada, la reforma del Código Civil llevada a cabo en nuestro país en 2005 supuso una conquista de la

igualdad, pero al mismo tiempo la misma no agotó todas las reivindicaciones del colectivo LGTB. Por lo tanto, ha de considerarse como un paso más y no como el definitivo. Y señalo esto porque durante todo el debate mantenido en nuestro país, y aún pendiente del pronunciamiento del Tribunal Constitucional(30) de algunas posiciones, pudo deducirse que, con la conquista del matrimonio, se terminaba con la histórica discriminación de las personas LGTB.

No podemos negar la importancia simbólica que supone que el ordenamiento jurídico amplíe los sujetos de un derecho a una parte de la ciudadanía que durante siglos ha sido excluida del mismo. Un derecho que, como sabemos, es esencial en la estructura de la sociedad, al tiempo que juega un papel clave en el contexto de las relaciones personales y familiares(31). Pero más allá de lo simbólico, los efectos jurídicos podrían haberse conseguido a través de una regulación de parejas no casadas o de cualquier otra fórmula contractual que permitiera reconocer diversas opciones de convivencia.

Ahora bien, asumir el matrimonio también implica claudicar ante la «obligatoriedad heterosexual» y, de alguna manera, ser condescendientes con el sistema que ha discriminado permanentemente a gays y lesbianas. En nuestro país triunfó pues lo que podemos denominar una posición «asimilacionista» en lugar de las minoritarias y, en todo caso, poco visibles, que defendían otro tipo de alternativas, como por ejemplo una ley estatal de parejas de hecho que sirviera para poner un poco de orden ante la proliferación de normas autonómicas. Frente a esta posición se argumentó que mantenerla suponía «asumir un papel de matrimonio desimbolizado y, por lo tanto, de segunda categoría»(32). Se asume pues que el matrimonio constituye una vía de «acceso a la ciudadanía»(33), lo cual pone de manifiesto la íntima conexión que todavía hoy sigue existiendo entre aquella y la «heterosexualidad obligatoria».

(30) No voy a entrar a valorar aquí los argumentos a favor o en contra de la constitucionalidad de la reforma. Entiendo que la misma se ajusta a la Constitución, partiendo de una interpretación conjunta de los arts. 32, 14 y 9.2 CE, por lo que el legislador puede delimitar dicho «contrato» sin que la heterosexualidad sea un elemento configurador. He abordado con detenimiento esta cuestión en SALAZAR (2010): 146-165. Sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo véanse CAÑAMARES (2007) y SÁNCHEZ (2010).

(31) En ese sentido, cabe destacar los efectos positivos que este reconocimiento supone en un ámbito tan importante para la ciudadanía como es el de los derechos laborales y de la Seguridad Social. RIVAS y RODRÍGUEZ-PIÑERO (2005): 63-71.

(32) VÉLEZ-PELLEGRINI (2009): 299.

(33) PICHARDO (2009): 136.

Es evidente que el acceso al matrimonio, además de ser una opción con menos dificultades de técnica legislativa(34) —se trata sólo de hacer extensivo lo previsto en el Código Civil a los supuestos en que los dos contrayentes sean del mismo sexo—, supone una equiparación absoluta con las parejas heterosexuales. En este sentido, implica un reconocimiento de igualdad de derechos, fruto de la interpretación armónica de los arts. 14, 9.2 y 32 CE y, por lo tanto, no sólo una equiparación jurídica sino también una igualación simbólica. Una opción que encaja además con el universalismo propio del Estado constitucional y con su tendencia a mantener invisibles, o en todo caso asimiladas, las diferencias. De esta manera se alcanza el efecto de «normalización» con toda la carga positiva y negativa que conlleva ese término. Normalizar implica convertir algo en «normal», con el riesgo de querer diferenciar el patrón de normalidad —la heterosexualidad— frente a las «anormalidades» que representan otras opciones. Es decir, es obvio que el reconocimiento del matrimonio ha ayudado a la visibilidad de las personas LGTB, y también a su «normalización», en el sentido de que la sociedad ha empezado a contemplarlas como sujetos de derechos, aunque me temo que ha sido a costa de imponer la «heterosexualidad obligatoria» y de mantener, en una visibilidad «tolerada», las demás opciones. Incluso desde esta perspectiva, y frente a los argumentos de quienes sostienen que dicho reconocimiento ponía en peligro la estructura familiar, más bien el mismo ha venido a reforzarla(35).

Por otra parte, las reivindicaciones del colectivo LGTB podrían haber provocado una reflexión mucho más profunda sobre los modelos de convivencia, al margen de la orientación sexual, y sobre las transformaciones que está experimentando la familia tradicional en las sociedades occidentales(36). Un debate en el que, como he señalado con anterioridad, deberíamos

(34) Lo cual enlaza con la teoría de que la apertura del matrimonio a gays y lesbianas es una opción del legislador, que es el que puede modificar su «contenido esencial». Es la posición mantenida por el Consejo Constitucional francés que en su decisión de 22 de enero de 2011 mantuvo que la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo no violenta la Constitución y que es el legislador el que en todo caso debería reformar los artículos del Código Civil que mantienen que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer.

(35) En este sentido, habría que reflexionar de qué manera, por ejemplo, dicho reconocimiento ha supuesto una transformación social importante para las lesbianas o si por el contrario ha contribuido a mantener los roles tradicionales de género. Sobre esta cuestión véase PLATERO (2005).

(36) Hay que tener presente la confusión generada por la proliferación autonómica de leyes reguladoras de «parejas de hecho» o «uniones civiles». Desde algunas posiciones se ha mantenido que la regulación del matrimonio gay venía a poner un cierto «orden», aunque

tener muy presentes todas las aportaciones que desde el feminismo se han hecho como crítica al modelo patriarcal y heterosexista de familia (37).

La solución «asimilacionista» puede provocar una doble consecuencia (38): 1.º) Para escapar de una posición subalterna, habrá muchos homosexuales que, aunque no lo tuviesen presente en sus proyectos vitales, acaben optando por el matrimonio como una vía hacia el respeto social y el acceso a derechos y la ciudadanía (39); 2.º) Aquellos homosexuales que prefieran no entrar en ese modelo, pueden estimarse peor considerados de lo que lo estaban anteriormente y pueden sentirse presionados para encajar en dicho modelo de familia. Al mismo tiempo, concentrar la reivindicación de derechos LGTB en el tema del matrimonio puede generar un doble efecto negativo: 1.º) Olvidar y situar en un lugar secundario otro tipo de reivindicaciones del colectivo; 2.º) Provocar una «ficción de igualdad», desde el entendimiento que la conquista del matrimonio supone la superación de todos los obstáculos que las personas LGTB tienen al desarrollo pleno de sus proyectos vitales.

4. *Educar para la diversidad*

La conquista del libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad y de la identidad de género como un derecho, depende no tanto de los avances jurídicos, que también, sino de las transformaciones culturales que aún deben producirse en nuestras sociedades. Al igual que sucede con la consecución de la igualdad real de mujeres y hombres, su efectividad depende de la revisión de un modelo patriarcal, construido sobre oposiciones binarias y excluyente de las diferencias. Por ello son tan importantes todas las medidas que puedan incidir en ese cambio de los patrones culturales, muy especialmente las que han de desarrollarse por parte de las instancias socializadoras. Algo

tal vez lo ideal habría sido que el Estado regulase un contrato mínimo de convivencia que permitiera dar entrada a la diversidad, no sólo afectiva sino también familiar. Sobre las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho véanse CAMARERO (2005) y PÉREZ VILLALOBOS (2008).

(37) Sobre la pluralidad de estructuras familiares y la crisis del modelo tradicional véase SÁNCHEZ (2010).

(38) PICHARDO (2009), 306.

(39) Por ejemplo, baste citar cómo el reconocimiento del matrimonio ha disparado el número de los que se celebran con cónyuges extranjeros, ya que supone una vía rápida de acceso a la residencia. Según los datos del INE, en 2009 hubo 3.412 bodas entre personas del mismo sexo, de las cuales 1.285 fueron mixtas. En el caso de las parejas heterosexuales el porcentaje es mucho menor: 29.981 de las 172.540 celebradas.

que el legislador español ha tenido muy presente en las normas dirigidas a conseguir la igualdad de mujeres y hombres y cuyas previsiones deberíamos hacer extensivas a la protección de una dimensión de la personalidad muy condicionada por la «normativa» de género (40).

En este sentido, bastaría con entender incluida la orientación sexual en todas las acciones que se prevén en la LOIMH en materia educativa (arts. 23-25) o en el título dedicado a «Igualdad y medios de comunicación» (Título III). Es urgente revisar cómo por ejemplo en los medios de comunicación y en la publicidad se siguen transmitiendo determinadas imágenes homófobas, cómo se prorrogan estereotipos o de qué manera se sigue negando visibilidad a determinadas opciones. Dada su influencia en los procesos socializadores, sería fundamental el control de dichos medios, aunque soy consciente de las dificultades que eso puede generar en la práctica. No obstante, estimo que al menos los medios de comunicación públicos deberían hacer un esfuerzo mayor por «normalizar» la diversidad afectivo-sexual y no tratarla, como suele suceder, como un hecho minoritario, anecdótico o problemático.

En todo caso, creo que es mucho mayor la posibilidad de incidencia en el sistema educativo, sobre todo si partimos de la base que nos otorga el art. 27.2 CE. Si la orientación sexual es un elemento esencial de la personalidad, y por tanto ha de ser protegida como un derecho fundamental, el sistema educativo debe prestarle una especial atención y, sobre todo, debe procurar formar a los niños y a las niñas en el «reconocimiento» de la diversidad afectivo-sexual. Como reiteradamente se ha dicho, la democracia necesita de ciudadanos y de ciudadanas educados en las virtudes que hacen posible la convivencia de los diferentes y ello supone trabajar en la transmisión de los que son los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico —la igualdad, entre ellos— y en la consolidación de una serie de actitudes y de aptitudes que permitan la paz social desde el reconocimiento del «otro». Un reto que cobra un especial significado en los contextos multiculturales del presente siglo, los cuales están erosionando la homogeneidad liberal y están reclamando una profundización en el principio de igualdad y en el de pluralismo (41).

(40) Algo en lo que, por ejemplo, insiste la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2010, en la que se hace un llamamiento a los Estados para que los sistemas educativos promuevan «la tolerancia y el respeto mutuo en el colegio, cualquiera que sea la orientación sexual o la identidad de género», lo cual debe incluir la introducción de dichos aspectos en los programas escolares y en los materiales pedagógicos (VI.32).

(41) Puede servirnos como referencia de esta necesidad las conclusiones a las que llega el Informe sobre transmisión de valores a menores, elaborado por el Defensor del Pueblo Vasco en 2009 (www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS)

Estos objetivos están claramente definidos en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, la cual, aunque no hable expresamente de la diversidad afectivo-sexual, sí que incluye una serie de proclamaciones en las que debemos entenderla incluida. Así podemos deducirlo de varios de los principios en los que se apoya el sistema educativo (art. 1), tales como: «la equidad, que garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación y actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que deriven de discapacidad»; la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia; así como que *ayuden a superar cualquier tipo de discriminación*» o «el desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades y el fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres». Unos principios que se reiteran entre los objetivos que incluye el art. 2 como «*el pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos*» o «la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad».

El sistema educativo se articula de manera que, desde la educación infantil, uno de sus objetivos fundamentales es «aprender a respetar las diferencias» (art. 13). Como es obvio, ese objetivo se hace mucho más específico a medida que se avanza en los niveles educativos. Así, al marcar los de la educación secundaria obligatoria se subraya el de «asumir responsablemente sus deberes, conocer y ejercer sus derechos en el respeto a los demás, practicar la tolerancia, la cooperación y la solidaridad entre las personas y grupos, ejercitarse en el diálogo afianzando los derechos humanos como valores comunes de una sociedad plural y prepararse para el ejercicio de la ciudadanía democrática», «valorar y respetar la diferencia de sexos y la igualdad de derechos y oportunidades entre ellos. Rechazar los estereotipos que supongan discriminación entre hombres y mujeres» o «fortalecer sus capacidades afectivas en todos los ámbitos de la personalidad y en sus relaciones con los demás, así como rechazar la violencia, los prejuicios de cualquier tipo, los comportamientos sexistas y resolver pacíficamente los conflictos» (art. 23). Encontramos una mención más específica al señalar los objetivos de la educación secundaria obligatoria, entre los que se incluyen:

«Conocer y aceptar el funcionamiento del propio cuerpo y el de los otros, respetar las diferencias, afianzar los hábitos de cuidado y salud corporales e incorporar la educación física y la práctica del deporte para favorecer el

desarrollo personal y social. *Conocer y valorar la dimensión humana de la sexualidad en toda su diversidad.*» (art. 24k).

No cabe duda que la diversidad afectivo-sexual debería ser un contenido esencial de la asignatura Educación para la ciudadanía, introducida por la LOE para todos los niveles educativos. Aunque de manera expresa no se mencione, sí que debemos considerarla incluida dentro de los contenidos vinculados a la igualdad entre hombres y mujeres (42). Si atendemos al desarrollo de dichos contenidos en los correspondientes decretos —RD 1513/2006, de 7 de diciembre (educación primaria); RD 1631/2006, de 29 de diciembre (secundaria); RD 1467/2007, de 2 de noviembre (bachillerato) y los correspondientes autonómicos— encontramos mucha más precisión en cuanto a las competencias que el sistema educativo ha de desarrollar y de qué manera pueden incidir en el reconocimiento de la diversidad afectivo-sexual.

De manera mucho más específica se pronuncia la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En el Capítulo III de su Título I, dedicado a las medidas a adoptar por los poderes públicos en el ámbito educativo, se hace mención expresa del «reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual» como parte del enfoque integral desde el que el sistema educativo debe contemplar la salud sexual y reproductiva (43). En todo caso, llama la atención que, en lugar de contemplarla de manera expresa en las leyes educativas, se haga en una norma centrada en la «salud sexual y reproductiva», lo cual parece arrastrar aún una cierta consideración de la diversidad afectivo-sexual más como criterio relacionado con lo clínico que con el libre desarrollo de la personalidad.

V. CONCLUSIONES: LA AFECTIVIDAD Y LA SEXUALIDAD COMO ELEMENTOS DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

1.^a) La protección de la orientación sexual y de la identidad de género ha de superar los límites estrechos de la prohibición de discriminación, y por supuesto de su anclaje exclusivo en la vida privada, y ha de contem-

(42) En este sentido, no hay que olvidar como buena parte de la oposición a esta asignatura, liderada por la Iglesia Católica y asociaciones afines como el Foro de la Familia, se apoya en lo que han dado en llamar «ideología de género». SALAZAR (2010): 392. Una posición que enlaza con la oposición de estos sectores al reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo. Es decir, hay una continuidad en el discurso «reaccionario» de posiciones ideológicas y religiosas que defienden un modelo heterosexista y patriarcal.

(43) Además, se insiste en que los poderes públicos deben fomentar «la corresponsabilidad en las conductas sexuales, cualquiera que sea la orientación sexual».

plarse desde los presupuestos de nuestro orden político: la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Es preciso avanzar en la consideración del desarrollo sexual y afectivo como una faceta esencial de la personalidad y que, por tanto, está ligado íntimamente a la dignidad del ser humano y a la «igualdad de reconocimiento» (44). Es decir, la normalización jurídica y social de las diversas opciones afectivas y sexuales exige su inserción en el ámbito público, su protección como una dimensión de la personalidad a través del principio de igualdad así como su proyección en diversos ámbitos que, aunque conectados de manera estrecha con la vida privada, tienen evidentes repercusiones en otros espacios. Un reto que habría resultado jurídicamente más fácil si nuestra Constitución hubiera recogido el contenido del voto particular al art. 27 propuesto por el Grupo Socialista del Congreso en el proceso constituyente:

«Toda persona tiene derecho al desarrollo de su afectividad y sexualidad, a contraer matrimonio, a crear en libertad relaciones estables de familia y a decidir libremente los hijos que desean tener, a cuyo fin tiene derecho a acceder a la información necesaria y a los medios que permita su ejercicio» (45).

2.^a) Ante la ausencia de proclamación constitucional expresa, estamos obligados a deducir tal derecho de la conjunción de diversos principios constitucionales que nos ofrecen un marco jurídico protector. Junto a la igualdad formal, y la consiguiente prohibición de discriminación, es necesario tener presente la cláusula de igualdad material del art. 9.2 CE. En relación a ésta, hay que tener presente la dimensión colectiva o de grupo que también puede suponer la orientación sexual. A pesar de las dificultades que puede suponer la definición de un grupo, y sobre todos de los rasgos o elementos que determinan la pertenencia al mismo, en el caso de gays, lesbianas, bisexuales y transexuales sí que podemos determinar un factor de cohesión que es la histórica discriminación y su lucha por tener una voz propia en el espacio democrático (46). De esta manera se conectan además las dos proyecciones que podemos deducir del art. 9.2 CE. No se trata sólo de que sean necesarias actuaciones públicas para favorecer una igualdad real, sino también para favorecer la participación de todos los ciudadanos y de todas las ciudadanas en la vida política, económica, cultural y social. Ello supone favorecer el *em-*

(44) REY (2005): 136-137.

(45) SAINZ DE MORENO (1989): 11, 42 y 52.

(46) «Cuando los individuos son estigmatizados porque se identifican con un grupo, suelen organizarse públicamente como un grupo identitario positivo para transformar los marcadores sociales que los identifican de negativos a positivos». GUTTMAN (2008): 26.

poderamiento de todos los hombres y todas las mujeres, desde la diversidad de sus opciones sexuales y afectivas, con pleno reconocimiento de su voz, de sus diferencias, de su identidad.

3.^a) Ambos factores, igualdad y participación, pueden entenderse como proyecciones de la «identidad» del individuo o, dicho de otra manera, como herramientas esenciales para el «libre desarrollo de la personalidad» (art. 10.1 CE)(47). Es en este concepto, íntimamente ligado al de dignidad, donde hallamos la clave constitucional para entender la afectividad y la sexualidad como elementos de la identidad individual y, por tanto, como derechos que merecen protección jurídica y reconocimiento social. Unos derechos que forman parte de la «integridad moral» del individuo (art. 15 CE) y que, por tanto, han de situarse en el nivel más garantista de cualquier sistema de libertades, tal y como se desprende del tercero de los Principios de Yogyakarta.

La identidad, por tanto, habría de considerarse como el armazón jurídico-constitucional a partir del cual se proyectan y desarrollan todos los derechos que posibilitan la autonomía del individuo y, en definitiva, sus capacidades para diseñar y ejecutar un plan de vida. Esta formulación omnicomprensiva, y transversal, es la que late en la proclamación que hace al art. 26.1 de la Constitución portuguesa:

«Se reconoce a todos el derecho a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar y a la protección familiar contra cualquier forma de discriminación».

Esta concepción de la identidad puede ser reconducida, en clave jurídico-constitucional, a una libertad de la que tradicionalmente se han ofrecido lecturas parciales. Me refiero a la libertad de conciencia, no expresamente recogida en la Constitución de 1978, pero sí deducible del dictado del art. 16 CE(48). La libertad de conciencia, que supone «no solamente el derecho a

(47) Desde este punto de vista hay una estrecha relación entre la protección de la «identidad» y la «justicia social», la cual se identificaría con «el conjunto de condiciones institucionales que hacen posible que todas las personas adquieran ciertas capacidades y las utilicen satisfactoriamente en ámbitos socialmente reconocidos, para participar en la toma de decisiones y para expresar sus sentimientos, experiencia y perspectiva sobre la vida social, en contextos en los que otras personas puedan escucharlas». YOUNG, 2000: 156-157.

(48) Los retos que las sociedades multiculturales plantean en materia de derechos humanos y, en general, en relación a muchos de los paradigmas del constitucionalismo, han provocado en la última década un intenso debate en torno al concepto de «identidad» y en cuanto a su efectiva protección jurídica. Muchas de las conclusiones apuntadas en torno a las

formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de manera conforme a los imperativos de la misma» (STC 15/1982, FJ 6.º), es el «tronco» que permite a cada individuo ser su propio «legislador» y no sólo en ámbitos que de manera más estricta tienen que ver con el pensamiento, sino también con las opciones más personales e íntimas de su existencia, entre las que sin duda se encuentran la afectividad y la sexualidad. En cuanto a que lo que se protege es «un espacio de autodeterminación individual» (STC 177/1996, FJ 9.º), con ella estamos garantizando todas las dimensiones —espirituales, religiosas, éticas, políticas, afectivas, sexuales— que configuran a cada hombre y a cada mujer como un ser único. Y, de la misma manera que el TC ha reiterado que la libertad de conciencia tiene una evidente dimensión externa, también los aspectos afectivos y sexuales del individuo tienen una proyección social que obliga a protegerlos desde la perspectiva de la igualdad. Tanto es así que podríamos concluir que la mayor parte de los derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento —desde los políticos a los más personales como los que tienen que ver con la familia(49)— son, nada más y nada menos, que concreciones de ese «claustro íntimo», de «espacio de autodeterminación individual», que se proyectan en la vida social. Desde esta perspectiva, y como vengo apuntando, la protección de la identidad está ligada al «reconocimiento», en cuanto que aquélla se define y se materializa de manera principal en nuestras relaciones con los demás. Está pues vinculada con la estima personal y, a su vez, con la que generamos a nuestro alrededor. De ahí que, desde esta dimensión, la identidad se deba beneficiar también de las garantías que proporcionan derechos como el honor o la intimidad (art. 18 CE).

La afectividad y la sexualidad forman parte ineludible, esencial diría yo, de la personalidad del individuo y, como tales, se hallan en las raíces, dan sentido al sistema constitucional. Es decir, ambas son piezas sin las que no es posible construir la dignidad del individuo —«La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en *la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*» (STC 53/1985, FJ 8.º)— y sin las que no es posible desplegar todas sus potencialidades y

dimensiones culturales del individuo pueden servirnos para la construcción de la afectividad y la sexualidad como parte de su identidad. Sobre estas cuestiones véase SALAZAR (2010).

(49) Esta perspectiva es la que nos ofrecería los argumentos más sólidos para reconocer la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como para revisar determinados conceptos del Derecho de Familia —tales como la paternidad o la filiación— de acuerdo con la debida protección de la identidad individual.

capacidades, es decir, sin las que difícilmente podríamos hablar del *libre desarrollo de la personalidad* (art. 10.1 CE). De ahí la necesidad de avanzar desde la prohibición de discriminación a la construcción «en positivo» del derecho al libre desarrollo de la afectividad y la sexualidad.

4.^a) Esa dimensión identitaria de la afectividad y la sexualidad es mucho más evidente en el caso de las personas transexuales, hasta el punto que hemos comprobado cómo los documentos internacionales o varios Estatutos de autonomía hablan expresamente de «identidad de género». En estos casos, en cuanto que estamos ante personas que, más allá de su orientación sexual, cuestionan su sexo biológico, es indudable la conexión con la personalidad del individuo, con su manera de entenderse a sí mismo y de mostrarse ante los demás, es decir, con su identidad (50). En relación a estas personas, el reto del ordenamiento jurídico es su reconocimiento de acuerdo con el sexo que determinan su cabeza y sus sentimientos. Se trata por tanto de una evidente proyección del libre desarrollo de la personalidad y de la concepción de la identidad como proceso. A esta concepción de la identidad sexual como «construcción» personal y no como referencia biológica respondió la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, que regula la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*, la cual permite que los y las transexuales puedan cambiar la referencia a su nombre y a su sexo en el DNI sin necesidad de someterse previamente a una operación genital (51). A pesar de que esta norma supuso una evidente conquista para dicho colectivo, no es menos cierto que en la misma sigue latiendo una concepción de la transexualidad como trastorno o enfermedad en lugar de reafirmarlo como una manifestación más de la personalidad del individuo (52). Es decir, «recibir

(50) Véase al respecto el muy interesante Informe «La situación de las personas transexuales y transgénero en Euskadi», elaborado en 2009 por el Defensor del Pueblo Vasco (www.ararteko.net/recursosweb/documentos).

(51) Así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley: «Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre propio puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.» En el mismo sentido se había pronunciado, dos décadas antes, el Parlamento Europeo, el cual, en su Resolución de 12 de septiembre de 1989 sobre la discriminación de los transexuales, reconocía el derecho de toda persona a establecer los detalles de su identidad e instaba a los Estados miembros a adoptar una serie de medidas a favor de dicho colectivo, como por ejemplo la adoptada por el legislador español 18 años después.

(52) Así se puede deducir de los requisitos que se establecen en el art. 4. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite que le ha sido diagnosticada disforia de género, a través de un informe del médico o psicólogo clíni-

el diagnóstico de *Gender Identity Disorder (GID)* (trastorno de identidad de género) es ser considerado malo, enfermo, descompuesto, anormal, y sufrir cierta estigmatización como consecuencia del diagnóstico» (53).

Las previsiones de la ley estatal de 2007 fueron completadas en la Comunidad Autónoma de Navarra por la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. La ley pretende ser integral ya que su objetivo es:

«garantizar el derecho de las personas que adoptan socialmente el sexo contrario al asignado en su nacimiento, a recibir de la Administración foral una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas y de otra índole, en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía, dentro del ámbito competencial que corresponde a Navarra».

A efectos de esta ley se considera persona transexual «toda aquella que haya procedido a la rectificación en el Registro Civil de la mención de sexo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo». La Exposición de Motivos ofrece un concepto de transexualidad, entendiendo por tal «la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por la persona solicitante o el sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia». El legislador navarro manifiesta su intención de ir más allá de la protección otorgada por el legislador estatal ya que entiende que «la complejidad de las personas transexuales requiere una atención integral que va más allá del ámbito meramente registral». Además parte de que «no todas las personas viven la transexualidad de la misma forma» por lo que se exigen medidas que sean sensibles a esa diversidad (54).

co, el cual deberá hacer referencia: a) A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia; b) A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior. Además se exige —y este es sin duda el requisito más cuestionable— que la persona solicitante haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

(53) BUTLER (2010), 114.

(54) De acuerdo con estos objetivos, el legislador navarro ha incluido medidas de atención sanitaria (Título I); de atención laboral, incluida la previsión de medidas de acción

5.^a) Desde el punto de vista de la efectiva protección de este derecho, debemos tener en cuenta como al ser la orientación sexual una característica transversal, en muchas ocasiones nos encontraremos ante supuestos de múltiple discriminación (55). Algo que es evidente en el caso de las mujeres lesbianas o que también podemos constatar si, por ejemplo, a la opción sexual sumamos la presión de una determinada cultura o religión (56). Los avances en el reconocimiento de derechos a las personas LGBT siguen siendo deudores de una visión androcéntrica. No podemos olvidar que durante décadas las lesbianas fueron invisibles incluso para el Derecho Penal. Históricamente la mayoría de los ordenamientos han condenado los delitos de sodomía entendidos como relaciones entre hombres. Esa invisibilidad de las mujeres lesbianas sigue dándose en la actualidad. A diferencia de lo que ocurre con muchos hombres homosexuales, que incluso llegan a alcanzar una relevancia pública y un prestigio social no mermado por su orientación sexual, las mujeres continúan siendo invisibles para los medios de comunicación, continúan en gran medida ocultas en el ámbito privado y carecen de referentes públicos que contribuyan a su reconocimiento. La debida valoración de la «discriminación múltiple» y su necesaria reparación requiere una labor de mayor contextualización de los individuos y de las situaciones en que se encuentran, lo que implica un reforzado papel del juzgador en su apreciación.

6.^a) Finalmente, no podemos olvidar que la debida protección de la diversidad afectivo-sexual se enfrenta a otras dificultades. Así, la más evidente es que, a diferencia del sexo o la raza, no es visible, e incluso está sometida

positiva para favorecer la contratación y el empleo de personas transexuales (Título II); de atención social (Título III), así como medidas en el ámbito educativo (Capítulo I, Título IV) y la previsión de servicios de asesoramiento y apoyo (Capítulo II, Título IV). Cabe destacar cómo en este último capítulo se incluye el mandato de que las Administraciones públicas lleven a cabo programas de educación y capacitación para alcanzar la eliminación de cualquier discriminación basada en la identidad de género, campañas de sensibilización dirigidas al público en general y programas formativos dirigidos a Jueces, Secretarios y Fiscales, así como personal de la Administración de Justicia, Agentes de la Policía Foral y de las policías locales, personal de las instituciones penitenciarias y demás funcionarios y personal laboral de las Administraciones Públicas de Navarra.

(55) Sobre el concepto de «discriminación múltiple», véase REY (2008). A ella se refiere de manera expresa la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 31 de marzo de 2010 (XII, 46).

(56) Basta con repasar, por ejemplo, los países en los que la homosexualidad continúa estando perseguida desde el punto de vista penal. Y aunque esos datos nos lleven a fijarnos de manera especial en el contexto islámico, no podemos olvidar que en la concepción judeo-cristiana de la sexualidad está la base de la persecución y el castigo de la homosexualidad. Sobre la posición del cristianismo con respecto a la homosexualidad véase BOSWELL (1993).

a la terrible paradoja de que en muchos contextos las dificultades se plantean al individuo ante las limitaciones que tiene para libremente manifestar ese rasgo de su personalidad. Ello genera a su vez una situación problemática ya que la visibilidad es el primer paso para la reivindicación de derechos. De ahí que junto a los mecanismos jurídicos que permitan reaccionar contra las discriminaciones e impulsar la igualdad, sean incluso más necesarias las medidas que permitan consolidar unos patrones culturales en los que ninguna opción personal sea objeto de reproche social. Pero sí que es cierto que en el proceso reivindicativo en el que aún estamos sí que es necesaria una dosis de visibilidad, que en todo caso ha de ser voluntaria. De lo contrario, corremos el riesgo de seguir considerando la afectividad y sexualidad sólo y exclusivamente como una dimensión de la vida privada, lo cual contribuye a mantener una homofobia latente y a prorrogar la heteronormatividad(57).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BORRILLO, Daniel (2001): *Homofobia*, Barcelona, Bellaterra.
- BOSWELL, John (1993): *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad*, Barcelona, Muchnik Editores.
- BOURDIEU, Pierre (2000): *La dominación masculina*, Barcelona, Anagrama.
- BUTLER, Judith (2010): *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós.
- CAMARERO SUÁREZ, Victoria (2005): *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago (2007): *El matrimonio homosexual en Derecho español y comparado*, Madrid, Iustel.
- GUTTMAN, Amy (2008): *La identidad en democracia*, Buenos Aires, Katz.
- HERRERA FLORES, Joaquín (2005): *Los derechos humanos como procesos culturales*, Madrid, Los libros de la Catarata.
- PASCALE, Eleonora y SAIZ, Vanesa (2005): «Debate público acerca del matrimonio», *Orientaciones*, n.º 10, segundo semestre 2005, págs. 81-101.
- PÉREZ CÁNOVAS, Nicolás (1996): *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Granada, Comares.

(57) Incluso, como apunta Daniel BORRILLO (2001), 73: «la investigación sobre las causas de la homosexualidad constituye en sí misma una forma de homofobia, ya que se basa en el prejuicio que supone la existencia de una sexualidad normal, acabada y completa, es decir, la heterosexualidad monogámica, en función de la cual todas las demás sexualidades deben ser interpretadas y juzgadas». Por otra parte, estamos ante un rasgo de la personalidad sobre el que no existe acuerdo en cuanto a su origen o a los factores que lo determinan. Incluso se defiende por algunos sectores que se trata de una «construcción» del individuo y que, por tanto, es un rasgo que puede variar a lo largo de la vida.

- PÉREZ VILLALOBOS, M.^a Concepción (2008): *Las leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho*, Pamplona, Thomson-Civitas.
- PICHARDO GALÁN, José Ignacio (2009): *Entender la diversidad familiar. Relaciones homosexuales y nuevos modelos de familia*, Barcelona, Bellaterra.
- PLATERO MÉNDEZ, Raquel (2005): «¿Invisibiliza el matrimonio homosexual a las lesbianas? Una crítica feminista sobre la construcción y representación del matrimonio homosexual en España», *Orientaciones*, n.º 10, segundo semestre 2005, págs. 103-119.
- PLUMMER, Ken (2003): «La cuadratura de la ciudadanía íntima», en GUASCH, Óscar y OSBORNE, Raquel, *Sociología de la sexualidad*, Madrid, C.I.S.-Siglo XXI.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2005): «Homosexualidad y Constitución», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 73, págs. 111-156; (2008), «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 84, 2008, págs. 251-283.
- RIVAS VARO, Alicia y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel: «El matrimonio homosexual y los derechos sociales de los cónyuges», *Orientaciones*, n.º 10, segundo semestre 2005, págs. 51-71.
- SAINZ DE MORENO, Francisco (edición preparada por) (1989): *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*. Tomo I. Madrid, Publicaciones de las Cortes Generales.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2010): *Cartografías de la igualdad. Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Olga María (2010): *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?* Universidad de Alcalá, Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos.
- TOMÁS Y VALIENTE, Tomás (2001): «El crimen y pecado *contra natura*», *Orientaciones*, n.º 1, primer semestre 2001, págs. 105-128.
- VÉLEZ-PELLEGRINI, Laurentino (2008): *Minorías sexuales y sociología de la diferencia*, Barcelona, Montesinos.
- YOUNG, Iris Marion (2000): *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra.